

OPINIÓN DISIDENTE

He disentido con el Laudo dictado por una mayoría de los árbitros en este caso porque discrepo con el resultado del Laudo y con ciertos elementos esenciales de las razones que le sirven de fundamento. Considero importante que se añada esta opinión con mis puntos de vista disidentes, no con objeto de desacreditar o socavar la justificación y la lógica del Laudo, sino sólo para señalar las diferencias fundamentales entre mis opiniones y las de la mayoría. El significado que tiene este Laudo como precedente para procedimientos futuros dentro del marco del Tratado de Libre Comercio de América del Norte (TLCAN) no puede subestimarse. Además, este Laudo constituirá un elemento de guía importante para posibles futuros demandantes en el ámbito del TLCAN. Por tal motivo, ha de exponerse el entendimiento más completo posible acerca de los aspectos jurídicos pertinentes.

-
1. El Demandado ha sostenido que este Tribunal no tiene jurisdicción en la materia debido al incumplimiento que se atribuye a Waste Management con los requisitos formales del Artículo 1121 del TLCAN, sea porque (i) al comienzo del procedimiento de arbitraje no presentó la renuncia correcta que requiere dicho artículo; o porque (ii) se comprobó ulteriormente que la renuncia presentada era inoperante, inexistente o había sido desautorizada en virtud del subsiguiente comportamiento de Waste Management. Se afirma que la existencia de esta renuncia y su presentación constituyen una condición previa a la jurisdicción del Tribunal dentro del marco del TLCAN y se sostiene que si no se hubiera presentado la renuncia o si ésta hubiera sido ulteriormente desautorizada, descalificada o retirada efectivamente, no hubiera podido presumirse el consentimiento de los Estados Unidos Mexicanos al procedimiento de arbitraje.

1. ¿Debe la renuncia ser expresa?

2. En la objeción de México se plantea, en primer término, si el Artículo 1121¹ exige que la renuncia se presente *in expressis verbis*. Al parecer, no es así. Esta disposición del TLCAN no exige la presentación de la renuncia en una forma determinada, no estipula que se retire o suspenda procedimiento alguno ni requiere que no se dé comienzo a dichos procedimientos. Requiere la entrega de una renuncia al derecho a iniciarlos o continuarlos y esta exigencia, consignada en el Artículo 1121, párrafo 1, es general, no específica.

¹ El Artículo 1121, párrafo 1, estipula que:

“Un inversionista contendiente podrá someter una reclamación al procedimiento arbitral de conformidad con el Artículo 1116, sólo si:

(a) consiente someterse al arbitraje en los términos de los procedimientos establecidos en este Tratado, y

(b) el inversionista ... renuncia ... [a su] derecho a iniciar o continuar cualquier procedimiento ante un tribunal administrativo o judicial conforme al derecho de cualquiera de las Partes u otros procedimientos de solución de controversias respecto a la medida presuntamente violatoria de las disposiciones a que se refiere el Artículo 1116, salvo los procedimientos en que se solicite la aplicación de medidas precautorias de carácter suspensivo, declaratorio o extraordinario, que no impliquen el pago de daños ante el tribunal administrativo o judicial, conforme a la legislación de la Parte contendiente.”

3. El Artículo 1121, párrafo 3, es específico y estipula lo siguiente: “El consentimiento y la renuncia requeridos por este Artículo se manifestarán por escrito, se entregarán a la Parte contendiente y se incluirán en el sometimiento de la reclamación a arbitraje.” La estipulación “se manifestarán por escrito”, sin especificar la forma que habrá de usarse, conlleva indudablemente que dicha modalidad podrá variar siempre que la renuncia, en sí, sea la “renuncia” requerida por el Artículo 1121. Adicionalmente, el Artículo 1121, párrafo 3 de la versión en inglés del TLCAN estipula que “[a] consent and waiver required by this Article shall be in writing,” [[un] consentimiento y renuncia requeridos por este Artículo se manifestarán por escrito], no que “*the* consent and waiver required by this Article shall be in writing” [el consentimiento y renuncia requerida por este Artículo serán por escrito], reforzando, de tal manera, la conclusión de que los demandantes, en el marco del TLCAN, disponen de margen para elegir la redacción de lo que constituye “una renuncia.”

2. ¿Anuló la renuncia la forma condicional usada por el Demandante?

4. En el presente caso ha habido una variedad de condicionamientos, limitaciones, reservas o entendidos adjuntos a la renuncia ofrecida por Waste Management. A la fecha de la carta del Demandante del 23 de septiembre de 1998 (Laudo, § 4, p. 4) y, con certeza, algunos días más tarde, al momento de notificarse nuevamente al CIADI la iniciación de un procedimiento de arbitraje (29 de septiembre de 1998) (Laudo, § 5, p. 5), lo que inicialmente pudo parecer una reserva, calificación o condicionamientos de la renuncia se había transformado en un “entendido.” La relación de los distintos intercambios consta en los párrafos 4 a 6 del Laudo.
5. La pregunta que se plantea es si el “entendido” o la forma condicional usada por el Demandante, anularon la renuncia. En el Artículo 1121 no hay mención alguna a cualquier condición o entendido que pueda, o no, adjuntarse al “escrito” que contenga una renuncia. Teniendo en cuenta el “sentido corriente que haya de atribuirse a los términos del tratado en el contexto de éstos y teniendo en cuenta su objeto y fin,”² es lógico que una reserva o condición en la renuncia escrita que no produzca efecto negativo en lo sustancial carecerá de importancia, pero una que tenga un efecto negativo o atenuante en lo sustancial, la invalidará.
6. En este caso, el “entendido” del Demandante también quedó sujeto a la condición introductoria expresa “[s]in apartarse de la renuncia requerida por el Artículo 1121 del TLCAN.”³ Esto pareciera haber eliminado cualquier posible efecto negativo sobre el

² La regla general sobre interpretación contenida en la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados tiene ahora aceptación universal como ley general internacional. Es la norma interpretativa que debe aplicar este Tribunal a las disposiciones del TLCAN, a saber:

“Un tratado deberá interpretarse de buena fe conforme al sentido corriente que haya de atribuirse a los términos del tratado en el contexto de éstos y teniendo en cuenta su objeto y fin.” Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, Artículo 31 (“Regla general de interpretación”), párrafo 1.

³ “Sin apartarse de la renuncia requerida por el artículo 1121 del TLCAN, los Demandantes por este medio establecen su entendido de que tal renuncia no aplica a ningún procedimiento de resolución de disputas que involucre alegatos de que el Demandado ha violado las obligaciones impuestas por otras fuentes de ley, distintas del Capítulo XI del TLCAN, incluyendo la legislación municipal de México.” (Itálica añadida.)

requisito de la renuncia del Artículo 1121. La prueba es de sustancia, a saber: ¿Tiene el entendido un efecto sustantivo que se oponga a los requisitos sustantivos de la renuncia o no lo tiene? Si se ha asentado la constancia “sin apartarse” de la renuncia, es difícil percibir que pueda tener tal efecto.

7. Aunque no se hubiera incluido la expresión “sin apartarse,” el entendido que Waste Management adjuntó a su renuncia no es incongruente con los requisitos del Artículo 1121. En la correspondencia intercambiada con el CIADI⁴ se introdujo, se aplicó y se aceptó la prueba de “sustancia”, a saber, que será aceptable una renuncia si ésta se aplica a “procedimientos de solución de controversias instaurados en México, atinentes a denuncias de incumplimiento de cualquier obligación impuesta por otras fuentes de ley que *en lo sustancial no difieran de* las obligaciones de un Estado Parte del TLCAN conforme al Capítulo XI del TLCAN.”⁵ El concepto de Waste Management —si bien expresado en una forma que quizá, visto en retrospectiva, no haya “constituido la mejor práctica”⁶— de hecho es correcto, por cuanto las reclamaciones relacionadas con las reparaciones mexicanas⁷ con motivo de ilícitos mexicanos, no son las mismas que las reclamaciones de reparaciones dentro del marco del TLCAN por los ilícitos relacionados con el TLCAN.
8. En términos jurídicos debe trazarse, y se hace, una distinción entre las obligaciones legales de México conforme a la legislación mexicana y las obligaciones de México impuestas por el TLCAN como tratado internacional. Si así no fuera, dentro del marco del TLCAN podrían incoarse arbitrajes en procura de reparaciones conforme a la legislación nacional, como por ejemplo, demandas de pago por dinero habido y recibido, venta y entrega de bienes, acciones por incumplimiento de contrato, acciones por incumplimiento de una obligación de garantía, demandas de modificación de zonificaciones, litigios atinentes a huelgas no autorizadas, demandas relacionadas con negociaciones laborales colectivas, denuncias de acoso sexual en el lugar de trabajo y así sucesivamente. Es inconcebible que los Estados Parte del TLCAN hayan tenido la intención de que cualquiera de estas reclamaciones se resolviera por medio de arbitrajes dentro del marco del TLCAN. Las actuaciones relacionadas con ellos nunca podrían ser “procedimientos de solución de controversias respecto a la medida presuntamente violatoria de las disposiciones a que se refiere el Artículo 1116,” conforme al significado del Artículo 1121. Escaparían al alcance de la renuncia y no habría existido el propósito de que formaran parte de ella.
9. Esto también es consistente con la norma corriente sobre la carga de la prueba y la persuasión en materias como ésta. La jurisdicción nunca ha de presumirse; una vez que un demandado ha interpuesto un reclamo fidedigno *prima facie* en el sentido de que la jurisdicción no existe, conforme a la norma corriente la carga de la prueba se traslada al demandante⁸. Si en tales circunstancias el demandante presenta pruebas y argumentos

⁴ Laudo, § 5, p. 6.

⁵ Carta del 13 de noviembre de 1998 al CIADI.

⁶ Recogiendo el lenguaje de la decisión *Ethyl*, citado en la nota al pie de página número 48, más adelante.

⁷ A estos fines ha de entenderse por “mexicano(s)”, “mexicana(s)” y “México” los Estados Unidos Mexicanos, incluidos sus organismos, instrumentos, entidades subordinadas y componentes, como por ejemplo, Banobras, el Municipio de Acapulco, el Estado de Guerrero y así sucesivamente.

⁸ Esto no es el *onus probandi* sino el *onus proponendi*.

suficientes para que pueda percibirse que existe jurisdicción en virtud de una preponderancia razonable de la evidencia, el tribunal debe determinar que existe jurisdicción en la materia⁹. Además, esta situación exige la aplicación del principio prudencial, que advierte a los tribunales que ha de obrarse con sumo cuidado respecto de estipulaciones jurídicas de esta índole y no arribarse en forma precipitada al “efecto radicalmente preclusivo”¹⁰ de una denegación de jurisdicción en una situación en la que — si bien pudieron evitarse las complicaciones de procedimiento recurriendo a la “práctica mejor”¹¹ de prescindir de “entendidos” y otras condiciones— la jurisdicción aún subsiste como cuestión jurídica.

3. ¿Qué significa la renuncia?

10. En los párrafos precedentes se analizó si puede agregarse un “entendido” adicional a la renuncia del Demandante, de conformidad con el Artículo 1121, sin descalificarla, pero no se consideró la interpretación del verdadero significado de la renuncia.

(a) “Medida”

11. ¿Qué es una “medida”? En el Artículo 201 de la versión en inglés del TLCAN (“Definiciones generales”) se establece que “*measure* includes any law, regulation, procedure, requirement or practice.” El texto en francés estipula que “*measure* s’entend de toute législation, réglementation, procédure, prescription ou pratique.” El texto en español establece que “*medida* incluye cualquier ley, reglamento, procedimiento, requisito o práctica.”
12. En el caso *Fisheries Jurisdiction*¹², Canadá argumentó ampliamente ante la Corte Internacional de Justicia en el sentido de que una “medida” constituye virtualmente cualquier acción o acto consumado por un Estado en un plano oficial.¹³ En respuesta, la Corte manifestó en su sentencia que “en su sentido ordinario la palabra [“medida”] tiene amplitud suficiente para abarcar cualquier acto, paso o procedimiento, y no impone límite particular alguno a su contenido material o al propósito de éste.” Subsiste, empero, la cuestión de si se consideraría que las acciones de, por ejemplo, Banobras, o el Municipio

⁹ Esto encuentra sustento en la redacción de la decisión arbitral del CIADI sobre jurisdicción (No. 2), del 14 de abril de 1988 en *Southern Pacific Properties (Middle East) Limited [SPP(ME)] contra la República Árabe de Egipto* (Caso No. ARB/84/3) sometido por México al Tribunal en el caso presente. (“Materiales de sustento de la presentación oral del Demandado”, Cuadro 1). En ese caso, el Tribunal dictaminó que:

“... no han de interpretarse los instrumentos jurídicos restrictivamente ni expansivamente, sino en forma objetiva y de buena fe y se determinará que existe jurisdicción sólo si *la fuerza de los argumentos en favor de tal determinación es preponderante*”. (3 ICSID REPORTS, 131, 144, párrafo 63). (Itálica añadida.)

¹⁰ *Ibidem*.

¹¹ Cita de la decisión *Ethyl* mencionada en la nota al pie de página número 48, más adelante.

¹² Caso *Fisheries Jurisdiction* (España contra Canadá), *Jurisdicción del Tribunal*, sentencia del 4 de diciembre de 1998, *I.C.J. Reports* 1998, p. 432, párrafo 65.

¹³ “Canadá ... hace hincapié en el significado sumamente amplio de la palabra ‘medida’, pues en su opinión, se trata de un ‘término genérico’ que se usa en convenciones internacionales con objeto de abarcar estatutos, reglamentos y actos administrativos.” *Ibidem*.

de Acapulco, o Guerrero constituyen la *clase* apropiada de medida, es decir, una “medida ... *presuntamente violatoria*” de las obligaciones impuestas por el TLCAN, en el sentido del Artículo 1121.

13. La “medida” a que se refiere el Artículo 1121 es una clase particular y limitada de acción o concepto. Si bien puede considerarse que acciones como la negativa a abonar un pago estipulado mediante carta de crédito o la cancelación de un contrato de concesión constituyen una “medida”, no serían la clase de “medida” a que se refiere el Artículo 1121. La referencia en este Artículo es a un acto de un Estado que, por sí mismo, configura una violación de obligaciones internacionales contraídas en virtud del TLCAN. El Artículo 1121 no ha de entenderse aplicable a los componentes locales de un acto de esa índole, que no constituyen de por sí violaciones de obligaciones internacionales en el nivel de un tratado internacional y que no serían susceptibles de ser objeto de acción judicial dentro del marco del TLCAN. El incumplimiento de pago por concepto de una garantía o carta de crédito puede ser componente de una medida que constituya nacionalización, pero no es en sí mismo dicha medida, a menos que se aúne a otros elementos que también formen parte de la medida final de expropiación. Por ende, no es la clase de “medida” prevista en el Artículo 1121.
14. Puede preverse, por supuesto, que una medida de nacionalización incluya una ley o un reglamento o decreto de nacionalización en virtud del cual se disponga la confiscación de la propiedad en cuestión. Si se trata de una nacionalización “progresiva”, quedará encuadrada dentro del significado del Artículo 1110, párrafo 1, del TLCAN (“una medida *equivalente a* la expropiación o nacionalización de esa inversión”), pero aun así se requerirá que se consume algún acto adicional, más allá de la mera negativa de pago o la cancelación del contrato —por ejemplo, un examen por parte de un tribunal o corte local y la desestimación del reclamo por razones inadecuadas, la negativa a la concesión de acceso al examen judicial, alguna otra forma de denegación de justicia en derecho internacional o una confabulación gubernamental para apoderarse de la concesión¹⁴.

¹⁴ El caso *ELSI*, decidido por una Cámara de la Corte Internacional en 1989, es ilustrativo al respecto. (*Elettronica Sicula S.p.A.* (Estados Unidos contra Italia), decisión del 20 de julio de 1989, I.C.J. Reports 1989, p. 15). En este caso, entre los antecedentes fácticos figuró una variedad de “medidas” gubernamentales adoptadas a escala local, municipal, estatal y nacional. Además, la relación entre una y otra “medida” conformó un aspecto central del caso. Una cuestión importante que se planteó fue si los Estados Unidos estaban obligados a demostrar la existencia de una conexión entre esas medidas con objeto de establecer una conspiración, por un lado, o la de un patrón de acciones suficiente para constituir una nacionalización o expropiación, por otro. En este caso, las presentaciones demuestran claramente que un acto o medida singular no puede constituir una expropiación a menos que el acto o medida sea, en sí, la promulgación de una ley que consume el hecho. Un acto de expropiación puede constituir un acto singular de un Estado, pero el acto singular de un Estado no es necesariamente un acto de expropiación. Lamentablemente, a los efectos presentes, la Cámara no debía resolver este aspecto, pues había determinado que la causa principal de la quiebra de *Elettronica Sicula* había sido su situación financiera. *Ibidem.*, p. 71, párrafo 19.

(b) “Incumplimiento o violación”

15. ¿Cuál es el sentido de “incumplimiento” o “violación”? En ningún pasaje del Capítulo XI, Sección A, puede encontrarse una disposición que requiera el pago de deudas comerciales o prevenga la cancelación de contratos, si no es de acuerdo con sus propios términos. Esas obligaciones legales dimanar de la legislación interna de cada una de las Partes del TLCAN. Constituyen, precisamente, la clase de obligaciones legales a cuyo recurso acudió Acaverde en los procedimientos contra Banobras y en el procedimiento de arbitraje contra Acapulco. Esos procedimientos fijaron causales de acción o reclamos que guardan relación con la falta de pago y el incumplimiento, todos ellos regidos por las disposiciones de los códigos Civil y Comercial de México, y ninguno de ellos regido por el TLCAN.
16. Un examen del Capítulo XI, Sección A, confirma esto.¹⁵ El Artículo 1105, sobre cuya base Waste Management ha planteado un reclamo dentro de este arbitraje, estipula que cada una de las Partes “otorgará a las inversiones de los inversionistas de otra Parte, trato acorde con el derecho internacional, incluido trato justo y equitativo, así como protección y seguridad plenas.” En el pleito contra Banobras y en el procedimiento de arbitraje contra Acapulco no se ha planteado reclamo alguno por denegación de trato de conformidad con el derecho internacional.¹⁶ El Artículo 1110 se refiere a “expropiación e indemnización”¹⁷, y, junto con el Artículo 1105, constituyen la médula del caso del Demandante.

¹⁵ El Artículo 1102 requiere “trato nacional” para los inversionistas de otra Parte; ni el pleito entablado contra Banobras ni el procedimiento de arbitraje contra Acapulco parecen haber planteado un reclamo por denegación de “trato nacional.” El Artículo 1103 requiere “trato de nación más favorecida” para los inversionistas de otra Parte; ni el pleito entablado contra Banobras ni el procedimiento de arbitraje contra Acapulco parecen haber planteado un reclamo por denegación de “trato de nación más favorecida.” El Artículo 1104 requiere que una Parte otorgue a los inversionistas y a las inversiones de otra Parte el mejor de los tratos requeridos por los Artículos 1102 y 1103, causal de acción que no se esgrime en la demanda contra Banobras ni en el arbitraje contra Acapulco.

¹⁶ Los Artículos 1106 a 1109 no parecen pertinentes a los problemas suscitados en este caso. El Artículo 1106 guarda relación con los “requisitos de desempeño”, que parecieran carecer de importancia para las reclamaciones formuladas en el presente arbitraje. El Artículo 1107 incluye una proscripción acerca de los requisitos de composición de los “altos ejecutivos y consejos de administración”, que es igualmente inaplicable. El Artículo 1108 concierne a “reservas y excepciones” y el Artículo 1109 a la libertad de realización de transferencias, que no parece constituir tema de este caso.

¹⁷ Estipula que: “1. Ninguna de las Partes podrá nacionalizar ni expropiar, directa o indirectamente, una inversión de un inversionista de otra Parte en su territorio, ni adoptar ninguna medida equivalente a la expropiación o nacionalización de esa inversión (“expropiación”), salvo que sea:

- (a) por causa de utilidad pública;
- (b) sobre bases no discriminatorias;
- (c) con apego al principio de legalidad y al Artículo 1105(1); y
- (d) mediante indemnización conforme a los párrafos 2 a 6”.

El Artículo 1105(1) mencionado en el inciso 1(c) estipula, por supuesto que:

“Cada una de las Partes otorgará a las inversiones de los inversionistas de otra Parte, trato acorde con el derecho internacional, incluido trato justo y equitativo, así como protección y seguridad plenas.”

17. Conforme al expediente ante el Tribunal, las reclamaciones planteadas aquí por Waste Management difieren de las presentadas en contra de Banobras y Acapulco en las acciones en la jurisdicción mexicana.¹⁸ Las reclamaciones del Demandante al amparo de los Artículos 1110 y 1105 del TLCAN¹⁹ tienen un mayor alcance que el de las reclamaciones en los juicios contra Banobras o el arbitraje de Acapulco, y tienen un origen diferente. Además de contener numerosos elementos adicionales, también proceden en un plano jurídico distinto y separado, puesto que una “expropiación progresiva” consta de cierto número de elementos, ninguno de los cuales puede constituir, por separado, el ilícito internacional. Esos elementos constituyentes incluyen el no pago, no reembolso, cancelación, denegación de justicia, práctica de exclusión real, trato no conforme, obstáculos legales incongruentes y demás. La “medida” en cuestión es la expropiación en sí misma y no meramente una parte subcomponente de la expropiación.
18. Una nacionalización o expropiación —en particular una “expropiación progresiva” conformada por numerosos componentes— debe ser, lógicamente, más que la simple suma de sus partes; véase, por ejemplo, la aseveración asentada en el Memorial, a saber que “cuando Acaverde solicitó el pago por parte de Banobras en virtud de la garantía, el Ayuntamiento se *confabuló con Banobras* —otro órgano estatal— *para denegar el pago a Acaverde* en virtud de la garantía de Banobras”²⁰.

¹⁸ En su Memorial el Demandante describe los tres procedimientos iniciados por Acaverde en el fuero local de México e indica que “Acaverde no alegó ninguna violación del TLCAN ni del derecho internacional en los procesos contra Banobras y el arbitraje interno contra Acapulco. Específicamente, no declaró ninguna teoría legal basada en la ‘expropiación’ o violaciones del estándar mínimo de tratamiento requerido bajo el derecho internacional.” En el Memorial del Demandante, además, se describen así las reclamaciones:

“Los dos juicios contra Banobras se presentaron en el tribunal de distrito del Ayuntamiento de México el 27 de enero de 1997 y el 31 de julio de 1998 y se basaron en el incumplimiento del Acuerdo de línea de crédito por parte de Banobras. El primer juicio tuvo por motivo las facturas impagas de 1996, y el segundo por las de 1997”. (*Ibidem*, p. 6, párrafo 4.14).

A la fecha del Memorial (29 de septiembre de 1999) el Demandante aseveró que:

“Sólo queda pendiente un procedimiento de *amparo* respecto del primer juicio contra Banobras, y el tribunal de primera instancia desestimó el segundo juicio basado en un argumento presentado por Acapulco. Acapulco se presentó cuando fue citado por el tribunal y argumentó que las demandas de Acaverde relacionadas con las facturas impagas deberían resolverse conforme a las cláusulas de arbitraje de la Concesión”.

¹⁹ En el Memorial del Demandante del 29 de septiembre de 1999 (p. 2, párrafo 4) se consignan “por lo menos dos violaciones del Capítulo XI, Sección A, del TLCAN,” reputadas como violaciones de los Artículos 1110 y 1105 del TLCAN, que se caracterizan así:

“Al revocar la Concesión de Waste Management sin indemnización, México en efecto expropió el justo valor de mercado de la inversión de Waste Management”. (Reclamación al amparo del Artículo 1110; *ibidem*, p. 2, párrafo 1.4).

“La negativa arbitraria de México al cumplimiento de sus obligaciones en virtud de la Concesión y sus actos positivos para contrariarla infringen reconocidas normas de derecho internacional, en especial las relativas al desarrollo económico a largo plazo”. (Reclamación al amparo del Artículo 1105; *ibidem*, [pp. 2-3,] párrafo 1.5).

²⁰ Memorial, p. 55, párrafo 5.22. (Itálica añadida.)

19. Aquí puede hacerse referencia al laudo reciente en el caso *Azinian* a que se refiere el Demandado²¹. El Tribunal que entendió en el caso declaró que:

“... un inversionista extranjero que, en principio, sea acreedor a protección conforme al TLCAN puede establecer relaciones contractuales con una autoridad pública y ser víctima de una violación cometida por dicha autoridad, y aun así, *no estar en condiciones de presentar una reclamación dentro del marco del TLCAN.*”²²

El Laudo prosigue:

“El problema consiste en que la reclamación fundamental de los demandantes es que son víctimas de un incumplimiento del Contrato de Concesión. *Sin embargo, el TLCAN no habilita a los inversionistas a solicitar el arbitraje internacional por meras violaciones contractuales.* De hecho, posiblemente no puede interpretarse que el TLCAN crea un régimen de esta índole, que podría elevar una multitud de transacciones ordinarias con autoridades públicas, al rango de posibles disputas internacionales.”²³

Por ende, la decisión en *Azinian* es congruente con una conclusión de que las reclamaciones de Acaverde contra Banobras o Acapulco no fueron *ipso facto* y por sí mismas, reclamaciones conforme al Capítulo XI y que, por consiguiente, la renuncia presentada por el Demandante de conformidad con el Artículo 1121 no habría sido incongruente con el mantenimiento de esas reclamaciones en los tribunales mexicanos.

20. El Demandado citó *Azinian* con aprobación y, de hecho, en su Memorial de contestación indicó que:

“La demandada desea advertir a la demandante que, si la demandante persiste en buscar una compensación al amparo del Capítulo XI, *la demandada basará su defensa, en parte, en que una reclamación relativa al incumplimiento de un contrato no es susceptible de acción conforme al TLCAN, especialmente cuando la demandante ha tenido acceso al proceso judicial de acuerdo con el sistema jurídico interno, y cuando no hay indicación alguna de que los procedimientos jurisdiccionales internos constituyeron, en sí mismos, una violación del derecho internacional.*”²⁴

21. En virtud de su declaración, México, irónicamente, notificó al Demandante y al Tribunal que su propia defensa en cuanto a los méritos del procedimiento será precisamente congruente con el *ratio decidendi* de *Azinian*. Esa posición jurídica, empero, es

²¹ *Azinian y otros contra los Estados Unidos Mexicanos*, Caso No. ARB(AF)/97/2/, laudo despachado el 1 de noviembre de 1999 (texto mecanografiado), p.27, párrafo 97 (Itálica en el original).

²² *Azinian*, p. 23, párrafo 83 (Itálica en el original).

²³ *Ibidem*, p. 25, párrafo 87. (Itálica añadida.)

²⁴ Memorial de contestación, p. 25, párrafo 113. (Itálica añadida.)

directamente opuesta a la posición del Demandado en la actual etapa jurisdiccional de esos procedimientos, una posición jurídica que descansa en la importante premisa no articulada de que, en sustancia, las reclamaciones mexicanas locales y las reclamaciones en el ámbito del TLCAN, son lo mismo. En virtud de su declaración, el Demandado admitió, en efecto, que no podía preverse que la renuncia del Demandante fuera aplicable al litigio entablado en la jurisdicción interna mexicana.

22. La renuncia se refirió a una cosa y los litigios en el foro mexicano a otra. Como se indica persuasivamente en *Azinian* y como lo ha aceptado el Demandado en un contexto diferente, los litigios atinentes a meras reclamaciones contractuales no constituyen, por sí solos, “procedimientos con respecto a la medida de la Parte contendiente presuntamente violatoria de las disposiciones a que se refiere el Artículo 1116,” dentro del significado del Artículo 1121. ¿Cómo, entonces, podría haber sido viciada la renuncia ofrecida por los demandantes, ya fuera sobre una base formal o como resultado del comportamiento contemporáneo y ulterior del Demandante?

(c) “Con respecto a”

23. Por otra parte, los procedimientos, en este caso, ¿son “*procedimientos [. . .] respecto a la medida presuntamente violatoria de las disposiciones a que se refiere el Artículo 1116*”? Esta pregunta configura la otra cara de la moneda cuando se examina si la medida impugnada en la jurisdicción interna es una “medida” susceptible de ser objeto de acción judicial dentro del marco del TLCAN. Esta pregunta, en cambio, se refiere a si los procedimientos, en sí mismos, en realidad son con respecto a tal medida.
24. El significado natural y ordinario de la expresión “respecto a” es específico, estricto y preciso. Significa que el procedimiento en cuestión debe serlo “respecto a” una medida determinada adoptada por la Parte contendiente. En derecho, esto significa que el procedimiento debe referirse principalmente, o debe ser atinente, a esa medida. (Los textos del TLCAN en español y en francés concuerdan y el resultado de la lectura directa y ordinaria es idéntico en los tres idiomas²⁵).

²⁵ El texto en francés del Artículo 1121.1(b) reza:

“... renoncent à leur droit d'engager ou de poursuivre, devant un tribunal judiciaire ou administratif aux termes de la législation d'une Partie ou d'une autre procédure de règlement des différends, *des procédures se rapportant à la mesure de la Partie contestante présumée constituer un manquement visé à l'article 1116*”. (Itálica añadida.)

Un “*procédure se rapportant à la mesure de la Partie contestante*” es un procedimiento que atañe o guarda relación directamente con esa medida, y no meramente “*en relation avec*” tal medida.

El texto en español reza:

“...renuncia a su derecho a iniciar o continuar cualquier procedimiento ante un tribunal administrativo o judicial conforme al derecho de cualquiera de las Partes *u otros procedimientos de solución de controversias respecto a la medida presuntamente violatoria de las disposiciones a las que se refiere el Artículo 1116*.” (Itálica añadida.)

Un “procedimiento *respecto a la medida*” es, se reitera, un procedimiento que atañe o guarda relación directamente con la medida, y no meramente. “*en relación con*.”

25. El significado preciso —que debe tratarse de un procedimiento que directamente atañe o impugne una medida específica— es totalmente diferente al significado natural y ordinario de una expresión diferente, por ejemplo “relacionado con” o “concerniente a”. Muchos procedimientos pueden estar “relacionados con” o “ser concernientes a” una medida, sin que por ello se trate de procedimientos “con respecto a” esa medida. Por ejemplo, un caso de acoso sexual puede estar “relacionado con” o ser “concerniente a” la protección de los derechos de los trabajadores en el lugar de trabajo, pero no es, en sí mismo, un procedimiento “con respecto a” dicha protección; un procedimiento “con respecto a” la protección de los derechos de los trabajadores en el lugar de trabajo debería iniciarse como cuestión de derecho laboral y en un contexto totalmente distinto.
26. En el mismo sentido, la reclamación por un robo de equipo de oficina a un extranjero puede estar “relacionada con” o ser “concerniente a” un reclamo por responsabilidad del Estado en virtud de un tratado (en cuanto a que el Estado anfitrión pueda no haber suministrado la protección mínima requerida para el extranjero), pero no es una reclamación “con respecto a” esa responsabilidad del Estado. Esta debería ser una reclamación que versara directamente sobre esa cuestión y debería incluir otros elementos, por ejemplo la negativa a encausar, la denegación de acceso a los tribunales; en síntesis, una “denegación de justicia” conforme al derecho internacional, por la cual el Estado sería responsable conforme al tratado o al derecho internacional consuetudinario.

4. ¿Anuló la eficacia de la renuncia el comportamiento del Demandante?

27. La mayoría del Tribunal considera que el comportamiento sustantivo del Demandante al mantener y apelar las acciones mexicanas es determinante de su falta de jurisdicción en esta materia, pues se considera que descalifica o torna nula cualquier renuncia formal presentada al comienzo del arbitraje dentro del ámbito del TLCAN. La esencia del Laudo se sustenta en este razonamiento y en esta conclusión²⁶. Sin embargo, si la existencia de litigios mexicanos en este caso no fue incompatible con los términos de la renuncia conforme al Artículo 1121, tampoco pudo ser incompatible el comportamiento del Demandante al mantener o apelar esos litigios.
28. Si la renuncia de conformidad con el Artículo 1121 hubiera tenido por objeto abarcar todas y cualesquiera actividades legales concurrentes, es evidente que el comportamiento del Demandante en México sería incongruente y viciaría la renuncia [presentada al incoarse los procedimientos de arbitraje al amparo del TLCAN por incumplimiento de la condición previa estipulada en el Artículo 1121.1(b)]. Así sería aunque la renuncia hubiera sido formalmente suficiente al momento de su presentación. Empero, si la renuncia de conformidad con el Artículo 1121 sólo hubiera tenido por objeto referirse a ciertos tipos de actividad legal concurrente, el comportamiento del Demandante en México sólo sería incongruente con la renuncia si ese comportamiento guardara relación precisamente con esa actividad. Las causas de acción son diferentes: reclamaciones comerciales locales ante los tribunales mexicanos y reclamaciones relacionadas con un tratado internacional ante este Tribunal.

²⁶ Laudo, §§ 24-29, pp. 16-22.

5. Otras consideraciones

(a) Relación con los méritos

29. El análisis del Laudo se sustenta firmemente en la premisa de que los procedimientos municipales mexicanos están encuadrados dentro de la renuncia de conformidad con el Artículo 1121 del TLCAN por cuanto “*se refieren a medidas que también son invocadas en el presente procedimiento arbitral* como violatorias de disposiciones del TLCAN”²⁷. De la misma forma, en el Laudo se caracterizan los procedimientos mexicanos señalándose que existen “con identidad de sujetos a los efectos del Artículo 1121 del TLCAN ya que, de acuerdo con este Tratado, el Gobierno mexicano Mexicano habría de ser responsable por las acciones indebidas de BANOBRAS y ACAPULCO”²⁸.
30. Es importante considerar si un tribunal puede decidir acerca de una objeción jurisdiccional sólo sobre la base de un análisis jurídico *a priori* o si se requiere, a modo de sustento de las conclusiones que se alcancen, un mayor examen fáctico de los antecedentes del caso. En el presente caso, podría parecer que el examen requeriría el estudio de los términos de las reclamaciones presentadas en los dos litigios contra Banobras y el arbitraje en contra de Acapulco. En la medida que con esos fines el Tribunal debe suponer un historial fáctico ajeno al historial inmediato sometido en relación con la actual controversia sobre jurisdicción, su análisis invade los méritos de la contienda entre las Partes. El Tribunal debe, entonces, diferir su decisión final a la etapa del arbitraje consistente en los procedimientos en cuanto al fondo de la diferencia, conforme al Artículo 40, párrafo 4 del Reglamento del Mecanismo Complementario (que pareciera haber sido confeccionado a la medida para una situación así).
31. Por otra parte, puede facilitarse el examen encaminado a determinar si las reclamaciones en el ámbito de la jurisdicción local son las mismas planteadas dentro del marco del TLCAN, comparando los daños cuya reparación se solicita en este arbitraje conforme al TLCAN con los solicitados en los casos mexicanos. Tal examen habría permitido despejar la cuestión de la ausencia de identidad entre el objeto de los casos mexicanos y el de las reclamaciones conforme al TLCAN²⁹. Los litigios mexicanos en 1998 y 1999, por

²⁷ Laudo, § 27, p. 21. (Itálica añadida.)

²⁸ Laudo, § 29, p. 20. De modo similar: “El hecho ... de que *el objeto de los procedimientos iniciados en contra de BANOBRAS y ACAPULCO se refiera a una de las medidas presuntamente violatorias de las disposiciones del TLCAN* es prueba suficiente, a tenor de lo dispuesto por el propio Artículo 1121 del TLCAN, para encuadrarlo dentro de las conductas que prohíbe la renuncia a que se refiere este artículo.” (Laudo, § 27, p. 19, Itálica añadida). Sin embargo, como se vio antes lo que se estipula en el Artículo 1121 es no sólo que el “objeto de los procedimientos ... *se refiera a una de las medidas presuntamente violatorias de las disposiciones del TLCAN*”, sino que los procedimientos en sí mismos (no solo su finalidad) sean “*respecto a la medida presuntamente violatoria de las disposiciones a que se refiere el Artículo 1116.*” Se requiere más que una mera referencia: debe haber una relación directa con la medida del TLCAN.

²⁹ Para corroborarlo sólo es necesario, por ejemplo, consultar el documento sometido por México en la audiencia del 31 de enero, que no ha sido refutado por el Demandante. (“Materiales justificativos de la presentación oral del Demandado”, Cuadro 2 “Cronología de procedimientos jurídicos” y Cuadro 3 “Extractos de los escritos de WMI y Acaverde en diferentes foros”). En especial este último documento, titulado “Extractos de los escritos de WMI y Acaverde en diferentes foros”, demuestra de manera clara y

consiguiente, no han sido, aparentemente, “*procedimientos respecto a la medida*” de expropiación o nacionalización contra la cual reclama el Demandante, puesto que la suma que se reclama por concepto de daños en México, fue más de ocho millones de dólares menos que la solicitada en estos procedimientos. Si bien merced a un análisis de esta índole pudo resolverse la cuestión en favor del Demandante, forma parte quintaesencial del fondo de la controversia y debió haberse remitido a esa etapa.

(b) Renuncia y retiro

32. El elemento clave del razonamiento de la mayoría en este caso es la premisa de que el requisito formal y jurisdiccional de la renuncia conforme al Artículo 1121 no sólo depende del cumplimiento de los prerrequisitos del Artículo 1121, párrafo 3³⁰, por parte de un demandante, sino también del comportamiento del demandante después de la redacción, entrega e inclusión requeridos por dicho párrafo³¹. Por ende, la mayoría ha entendido que el texto del Artículo 1121 incluye el requisito adicional de que se desista efectivamente de los litigios incluidos en la renuncia, que no se inicien nuevos litigios y que no se presenten apelaciones.
33. En sus escritos y en su presentación oral, el Demandante insistió en la posición de que, una vez preparada y entregada una renuncia de conformidad con el Artículo 1121, párrafo 3, corresponde al Demandado usarla como lo entienda más apropiado. Es difícil desaprobar este razonamiento. Éste es, precisamente, el significado ordinario de los términos del Artículo 1121, párrafo 3, cuando se lee en el contexto y a la luz del objeto y

sucinta que los procedimientos en México no fueron los mismos que en este arbitraje dentro del marco del TLCAN. Conforme a un cálculo aproximado en dólares estadounidenses, y excluyendo todos los costos, es fácil comprobar que las cuantías efectivamente reclamadas por Acaverde en México fueron ± US\$28.339.343 y que el monto reclamado en este arbitraje conforme al TLCAN asciende a US\$36.630.000, una diferencia de alrededor de US\$8.290.657 ó 23%, aproximadamente.

³⁰ “El consentimiento y la renuncia requeridos por este Artículo se manifestarán por escrito, se entregarán a la Parte contendiente y se incluirán en el sometimiento de la reclamación a arbitraje”.

³¹ Laudo, § 24, p. 16. En tal sentido se dice en el Laudo que “este Tribunal deberá comprobar que WASTE MANAGEMENT ha presentado la renuncia de acuerdo con las formalidades previstas en el TLCAN y que ha respetado los términos de la misma a través del acto material de desistir o no iniciar procedimientos paralelos ante otros tribunales”. (Laudo, § 20, p. 15.) Se razona en el Laudo que:

“Se hace necesaria pues una valoración del comportamiento del sujeto que renuncia así como de la responsabilidad que deberá asumir si se produce una divergencia entre lo manifestado y el comportamiento efectivamente realizado ya que él y sólo él responde de la eficacia de tal declaración en virtud del llamado principio de la autorresponsabilidad”. (Laudo, §24, p. 16).

La mayoría continúa y determina que:

“A tenor de lo hasta ahora expuesto, es claro que la renuncia exigida en virtud del Artículo 1121 del TLCAN requiere una manifestación de voluntad por parte de quien la emite en cuanto a la renuncia a iniciar o continuar cualesquiera procedimientos ante otros foros respecto a la medida presuntamente violatoria de las disposiciones a que se refiere el TLCAN”. (*Ibidem*)

A lo que sigue esta conclusión:

“Asimismo, esta dejación de derechos debió hacerse efectiva a partir de la fecha de presentación de la renuncia, esto es, el 29 de septiembre de 1998. *La referida declaración de voluntad también exige un determinado comportamiento de la declarante, WASTE MANAGEMENT, exteriorizador del compromiso adquirido en virtud de la citada renuncia*”. (*Ibidem*, Itálica añadida.)

la finalidad de esta disposición del TLCAN, que (como lo destacó Canadá en su presentación por escrito ante el Tribunal) consiste claramente en evitar una multiplicidad de causas de acción, duplicación de procedimientos y selección de jurisdicción, todo con respecto, sin embargo, a las *mismas* reclamaciones o causales de acción.

34. Empero, si en el Capítulo XI se hubiera contemplado la terminación de los litigios iniciados por los demandantes en los tribunales nacionales, ¿por qué no decirlo así? Las Partes del TLCAN poseían plena competencia para convenir en una estipulación con tal efecto. En cambio, convinieron en los requisitos formales del Artículo 1121, párrafo 3, especificando sólo que una renuncia debía someterse por escrito y entregarse al demandado. La exigencia de que se someta una renuncia por escrito al comienzo del procedimiento de arbitraje dentro del marco del TLCAN y la exigencia ulterior (como lo establece la mayoría de este Tribunal) de que el demandante —no el demandado— discontinúe o ponga término a los litigios locales pendientes, sugiere que desde un principio no existía motivo alguno para la renuncia escrita. Seguramente su “entrega” por escrito al demandado no rendiría resultado o beneficio alguno; se habría previsto que el demandante hiciera —y seguramente ya lo habría hecho— todo el trabajo.
35. Se confirma esta conclusión cuando se reconoce que no existe prueba de que el Demandado haya hecho algo a modo de uso o ejercicio de la renuncia en estos procedimientos. Es difícil imaginar cómo pudo haber sido este el caso cuando el contenido de la renuncia fue sometido a un escrutinio intenso y motivo de intensa argumentación, desde 1998 hasta el otoño de 1999, inclusive. El Demandado en los presentes procedimientos no pudo haber ignorado la existencia de los dos litigios de Banobras o del procedimiento de arbitraje instaurado por Acaverde contra Acapulco. Sin embargo, no existe prueba de que se hayan dado pasos para incluir esa renuncia por escrito en cualquiera de esos procedimientos.
36. Por otra parte, el razonamiento de la mayoría en este Laudo no toma en cuenta la cuestión de la fecha en que debe considerarse el comportamiento del Demandante como ceñido al Artículo 1121. ¿Es el mismo día o el día siguiente? ¿Debe ser un mes después de la iniciación de los procedimientos? No se sugiere respuesta, quizá por la simple razón de que pareciera absurdo sugerir un plazo, y en especial cuando el Demandante ya ha ejecutado y entregado al Demandado una renuncia por escrito. La lectura del Artículo 1121 en el sentido de que éste requiere una discontinuación activa de los procedimientos (ya sea simultánea o posterior) así como la entrega activa de la renuncia constituye, de hecho, un menoscabo de la credibilidad o la eficacia de la renuncia escrita y es incongruente con el requisito de su entrega en primer lugar.

(c) La importancia del Anexo 1120.1

37. Deben también cotejarse las conclusiones recién extraídas con el pertinente Anexo mexicano (1120.1) al TLCAN. Esta disposición se añadió al TLCAN a instancias de México, con objeto de considerar el problema planteado por el derecho constitucional de México; en el sistema mexicano, las disposiciones del derecho de los tratados, como el TLCAN, se convierten automáticamente en disposiciones del derecho interno mexicano y como tales son aplicables.

38. La versión del Anexo 1120.1 en inglés reza:

“An investor of another Party may not allege that Mexico has breached an obligation under [Chapter Eleven] ... both in an arbitration under this [NAFTA] and in proceedings before a Mexican court or administrative tribunal”³².

El significado de esta disposición es totalmente claro. En forma literal y figurativa, cierra la puerta a la posibilidad de que un inversionista extranjero mantenga cualquier acción legal en tribunales mexicanos al mismo tiempo que se cumplen procedimientos en el ámbito del TLCAN. Constituye una reiteración de la protección que se previó por medio del requisito de renuncia del Artículo 1121 pero, como en virtud del derecho constitucional mexicano el TLCAN se incorpora automáticamente a la legislación interna, el Anexo 1120.1 al TLCAN pareciera aún más seguro que la renuncia prevista en el Artículo 1121, puesto que pasa a formar parte, automáticamente, de la legislación mexicana. Pudo, por ende, esgrimirse el Anexo 1120.1 como materia del derecho mexicano en cualquier tribunal o corte de México (o en un tribunal de arbitraje donde se aplicara el derecho mexicano) como una barrera terminante contra la continuación de cualquier procedimiento que estuviese pendiente en dicho tribunal o corte y que constituyese una alegación de que México hubiera violado una obligación, de conformidad con el Capítulo XI.

39. Empero, la única “obligación” de conformidad con el Capítulo XI que pudo bloquearse merced al Anexo 1120.1 con respecto a Banobras habría sido la de no emprender una expropiación progresiva ni dispensar cualquier otro trato incompatible con el derecho internacional. En los litigios contra Banobras o en el procedimiento de arbitraje, no se alegaron violaciones de esa índole. El hecho de que México nunca haya considerado apropiado invocar esta disposición (fuera en México, después de julio o septiembre de 1998, o en los procedimientos presentes) brinda más sustento a la conclusión de que las obligaciones cuyo cumplimiento se procura asegurar ahora mediante la reclamación en el ámbito del TLCAN, son diferentes a las suscitadas en los procedimientos mexicanos. En estos últimos podría no haber envuelto un incumplimiento de obligaciones conforme al TLCAN, pues se habrían bloqueado por vía del Anexo, como cuestión de derecho mexicano. Si el Anexo no las hubiera bloqueado no habría habido procedimientos a los

³²

En la versión en francés, el Anexo 1120.1 reza: “En ce qui concerne la soumission d'une plainte à l'arbitrage: (a) un investisseur d'une autre Partie ne pourra alléguer que le Mexique a manqué à une obligation au termes (i) de la section A ou du paragraphe 1503(2) (Entreprises d'État), ou (ii) de l'alinéa 1502(3)(a) (Monopoles et entreprises d' l'État), lorsque le monopole a agi de façon incompatible avec les obligations de la Partie aux termes de la section A, dans le cadre d'un arbitrage aux termes de la présente section et d'une procédure soumise à un tribunal judiciaire ou administratif mexicain...” No existe diferencia sustancial en este texto con respecto al significado que ha de darse a la versión en inglés. En la versión en español, el Anexo 1120.1 reza: “Respecto al sometimiento de la reclamación al arbitraje: (a) un inversionista de otra Parte no podrá alegar que México ha violado una obligación establecida en: (i) la Sección A o en el Artículo 1503 (2), "Empresas del Estado"; o (ii) el Artículo 1502 (3) (a), "Monopolios y empresas del Estado", cuando el monopolio ha actuado de manera incompatible con las obligaciones de la Parte de conformidad con la Sección A, tanto en un procedimiento arbitral conforme a esta sección, como en procedimientos ante un tribunal judicial o administrativo mexicano...” No existe diferencia sustancial en este texto con respecto al significado que ha de darse a la versión en inglés.

cuales pudiera aplicarse la renuncia y si no hubiera habido procedimientos a los cuales pudiera haberse aplicado la renuncia, debería fracasar la objeción jurisdiccional del Demandado.

6. ¿Qué política hay detrás del Artículo 1121?

(a) Opiniones de otros miembros del TLCAN

40. El Canadá sometió un escrito al Tribunal, el 17 de diciembre de 1999. Estados Unidos no presentó declaración alguna. En su presentación, Canadá señaló que:

“La misma medida ... no puede ser sujeto de un arbitraje conforme al Capítulo XI y de procedimientos en un tribunal interno. El inversionista dispone de una opción clara y puede escoger uno u otro procedimiento, pero no ambos”³³.

41. Sin embargo, la pregunta se halla “suplicada”, por cuanto es un *petitio principii* concluir que las “medidas” consideradas en los litigios mexicanos y las “medidas” a que atañe este arbitraje son necesariamente las mismas. Esto debe decidirse conforme a los hechos específicos de cada caso. La prueba que debe aplicarse es si, por ejemplo, el incumplimiento de un pago estipulado en virtud de una garantía es en efecto una “medida” de expropiación o nacionalización a la manera referida en el Capítulo XI o si es sólo parte de una medida de esa índole.
42. Este análisis, sin embargo, no es incongruente con la presentación de Canadá. La preocupación de Canadá en el sentido de que “no se hayan iniciado o continuado procedimientos internos con respecto a la medida presuntamente violatoria del Capítulo XI” se halla totalmente justificada: un demandante no debe tener la posibilidad de litigar expropiación o nacionalización en los tribunales internos y en un tribunal del TLCAN al mismo tiempo. Una determinación de un tribunal puede colidir con la determinación de otro; podría haberse suscitado un caso clásico de “selección de jurisdicción.” Ese riesgo, empero, no surge de los procedimientos internos subsidiarios que sólo guardan relación con una parte de los antecedentes fácticos que sustentan o respaldan la reclamación en el ámbito del TLCAN³⁴.
43. Es completamente razonable suponer que Canadá, México y Estados Unidos no hayan deseado que en sus tribunales nacionales hubiera litigios paralelos o superpuestos por reclamaciones al amparo del Capítulo XI del TLCAN, vale decir, en busca de sentencias que afirmaran que tal o cual acción del Estado era violatoria de una obligación asumida en virtud del TLCAN. Ninguna de las Partes del TLCAN habría deseado prever acciones paralelas en sus propios sistemas judiciales que pudieran suscitar reclamaciones dentro del marco del TLCAN, o interpretar las disposiciones del TLCAN o gestionar reparaciones por presuntas violaciones de obligaciones impuestas por el TLCAN. Pero esto no es lo mismo que bloquear las reparaciones locales en caso de reclamaciones comerciales que, de

³³ “Presentación del Gobierno del Canadá,” del 17 de diciembre de 1999, párrafo 5.

³⁴ En la presente situación, por ejemplo, puesto que ambos litigios contra Banobras terminaron de manera desfavorable para el Demandante, ¿no serían dispositivos de la cuestión de la responsabilidad *pro tanto* sobre la garantía de pago de las facturas impagas?

ser denegadas, formarían o podrían formar un componente de un procedimiento subsiguiente dentro del marco del TLCAN (como en el presente caso).

44. De hecho, si un demandante al amparo del TLCAN se viera obligado a abandonar todas las reparaciones locales relacionadas con reintegros con ajuste al derecho comercial que pudieran tener alguna conexión con su reclamación en el ámbito del TLCAN, pero no fueran, en sí mismas, reclamaciones dentro del marco del TLCAN, estaría pagando un precio extremo por emprender un procedimiento de arbitraje dentro del marco del TLCAN. Esta no puede haber sido la intención razonable de las Partes del TLCAN³⁵. Un objetivo mucho más creíble para las Partes del TLCAN —congruente con las observaciones del Canadá— habría sido el afán de eliminar la selección de jurisdicción sólo en lo atinente a las reclamaciones al amparo del TLCAN, puesto que allí es donde pueden suscitarse los conflictos.
45. ¿Cuándo puede un tribunal del TLCAN quedar en situación de “revocar” una decisión de, por ejemplo, los tribunales mexicanos? El tribunal del TLCAN, por supuesto, carecería de jurisdicción para hacerlo. Lo que hubiera podido alegarse respecto de esas decisiones no podría constituir una apelación encubierta contra ellas. Debería ser una reclamación al amparo del TLCAN, por ejemplo una denegación sustancial de justicia con respecto a esos procedimientos, y esto —también— es una cuestión separada de la presentación de apelaciones con ajuste al derecho local, pero no afirma la protección del tratado en sí.
46. En este sentido, el caso *Azinian* es significativo³⁶. En ese laudo, el Tribunal estableció con suma precisión que “Seguramente no puede imputarse falta a una autoridad gubernamental por actuar en una forma validada por sus tribunales *salvo que los propios tribunales hayan sido desautorizados en el nivel internacional.*”³⁷ En el laudo de *Azinian* se presta considerable atención a la cuestión del examen de la decisión de tribunales municipales³⁸, pero la mayoría de este Tribunal no llegó a esa etapa del análisis.
47. Por las razones expuestas, nunca debió prosperar una objeción jurisdiccional por las causales esgrimidas por el Demandado en esta etapa del arbitraje. Esto no viola el principio de eficacia en cuanto al Artículo 1121, puesto que la renuncia prevista en dicho artículo podía bloquear eficazmente y de inmediato (al igual que el Anexo 1120.1) un litigio en la jurisdicción mexicana que reclamara por una nacionalización o por comportamiento discriminatorio susceptible de ser objeto de una acción dentro del marco del TLCAN. Por otra parte, México tiene una protección doble. Por consiguiente, en este caso es la naturaleza anómala de la objeción jurisdiccional de México lo que debe asegurar su fracaso. Sólo si se hubiera iniciado un litigio en los tribunales internos, en el cual se *alegara esencialmente el equivalente a una violación del Capítulo XI*, se estaría ante una prelación clara (sea en virtud de la renuncia del Artículo 1121 o del impedimento del Anexo 1120.1). En un caso o casos así, debería alegarse nacionalización,

³⁵ Lamentablemente, en los antecedentes puestos a disposición del Tribunal no hay pruebas útiles de los trabajos preparatorios del TLCAN en este sentido.

³⁶ Véase la nota al pie de página número 21, *supra*.

³⁷ *Azinian*, p. 27, párrafo 97. (Itálica en el original.)

³⁸ *Ibidem*, pp. 27-30, párrafos 98-105, *et seq.*

expropiación, toma —directa o indirecta— y otra acción incompatible con las obligaciones internacionales del Demandado.

48. En el caso de México, por lo menos, esas obligaciones internacionales podrían ser objeto de acción conforme a la legislación municipal interna y, de esta manera, el riesgo de los procedimientos subsidiarios y redundantes no es irreal. Sin embargo, en ese caso, podría haberse recurrido de inmediato a la renuncia y las disposiciones del Artículo 1121 habrían cobrado un significado genuino. En ese caso, podría haberse examinado la suficiencia formal de la renuncia y su congruencia con el comportamiento del Demandante meramente en función de las presentaciones hechas y no se habría solicitado la injerencia del Tribunal en el fondo de la cuestión.
49. Por ende, se habría considerado y resuelto la preocupación manifestada por el Gobierno de Canadá en su presentación, en el sentido de que “[l]a misma medida ... no puede ser sujeto de arbitraje conforme al Capítulo XI y de procedimientos en los tribunales internos.”³⁹ La preocupación canadiense nunca se aplicaría a una actividad jurídica parcial, incompleta y subordinada que no guardara relación con la medida que, en sí, sea susceptible de ser objeto de una reclamación dentro del marco del TLCAN. Las acciones locales y las “medidas” del TLCAN ocupan planos diferentes: el contractual y el ilícito, el municipal y el internacional. Sin embargo, si el Demandante hubiera presentado, de conformidad con el Capítulo XI, una reclamación por nacionalización ante los tribunales mexicanos (reclamación que necesariamente debía incluir, pero excedió, el componente de no pago, por parte de Banobras, de sus garantías de pago por Acapulco a Acaverde) habría sido aplicable la presentación canadiense.
50. Por otra parte, si un demandante dentro del marco del TLCAN desea ensayar sus posibilidades procurando reparaciones locales por concepto de elementos o componentes que formen parte de una reclamación más amplia y dentro del marco de un tratado, ¿por qué ha de crear esto, necesariamente, un conflicto entre los tribunales nacionales y el arbitraje internacional? Si, por ejemplo, el primer reclamo de Acaverde contra Banobras hubiera sido resuelto favorablemente para Acaverde en los tribunales mexicanos, pero el segundo hubiera tenido un resultado desfavorable, ¿a que se habría visto enfrentado este Tribunal al considerar el fondo de la cuestión? Aún existiría, por cierto, una reclamación por nacionalización, pero se habría reducido *pro tanto* de acuerdo con el monto recuperado por Acaverde en la acción exitosa por un componente de esa reclamación por nacionalización. México se habría visto entonces relevado de la responsabilidad de Estado conforme a la reclamación dentro del marco del TLCAN, en la misma medida de los daños locales ya resarcidos. “El inversionista”, indicó Canadá, “tiene una opción clara y puede escoger uno u otro [procedimiento] pero no ambos”⁴⁰, y eso es correcto.
51. Por consiguiente, si un demandante en el ámbito del TLCAN opta por litigar en los tribunales locales en torno a uno o más componentes locales de una reclamación conforme al TLCAN, no existe perjuicio. Si prevalece, su reclamación en el ámbito del TLCAN se reduce *pro tanto* salvo, por supuesto, que se planteen elementos adicionales (y nuevos),

³⁹ Presentación del Gobierno del Canadá, párrafo 5.

⁴⁰ Presentación canadiense, párrafo 5.

- por ejemplo, denegación de justicia o acceso apropiado a la justicia. Es difícil imaginar cómo puede suscitarse un elemento adicional de esa índole si el demandante en el marco del TLCAN ha logrado un resultado satisfactorio al acudir a los recursos de la jurisdicción local. Por otro lado, en la medida que los recursos locales resulten infructuosos, como en este caso, la base de reclamación del demandante en el ámbito del TLCAN contra el gobierno contendiente también se reduciría en virtud de la aplicación del principio de *res judicata* del resultado local desfavorable, salvo y en la medida en que se considerara que ese resultado local desfavorable constituye, de por sí, una denegación internacional de justicia.
52. En *Azinian*, por ejemplo, los demandantes iniciaron los procedimientos conforme al TLCAN dos años después de la terminación de sus apelaciones locales en el ámbito del sistema judicial mexicano. Sin embargo, ¿qué diferencia sustantiva existe entre esa situación y la presente, en que las apelaciones locales terminaron después de la iniciación de los procedimientos conforme al TLCAN pero antes de los argumentos sobre jurisdicción en enero? Aunque pueda considerarse que el arbitraje relacionado con Acapulco se encontraba simplemente en suspenso, el Demandante ha manifestado definitivamente que no estaba procediendo ni procedería con cualquier otro recurso del fuero local en el presente caso⁴¹, y ha llegado al punto de solicitar al Tribunal su orientación acerca de los pasos adicionales que podría dar —en su caso— para eliminar cualquier cuestión concerniente a la jurisdicción del Tribunal.
53. Por consiguiente, aún si la sustancia de la renuncia conforme al Artículo 1121 había sido triturada en 1998 ó 1999—como lo cree la mayoría del Tribunal— ¿por qué no se restauró esa sustancia más tarde, en 1999 o en enero de 2000? A menos que el Tribunal pueda concluir que la renuncia conforme al Artículo 1121 estaba viciada a la fecha de su presentación, en 1998, y *nunca pudo restaurarse*, debe concluirse que el perjuicio que ocasionó el comportamiento del Demandante siempre estuvo sujeto a reparación y que dicho comportamiento pudo ajustarse para que guardara armonía con la renuncia antes de la audiencia del caso. Empero, al retomar los efectos del comportamiento *nunc pro tunc*, el Tribunal ha fusionado las ideas de un defecto jurisdiccional formal en la renuncia de septiembre de 1998 con una subsiguiente descalificación de la renuncia, en 1998 ó 1999.
54. Esa fusión debió tener sólo efecto retrospectivo y no prospectivo. Aunque el comportamiento ulterior pueda descalificar la renuncia, el comportamiento debe evaluarse en el momento posterior a la entrega de la renuncia (a *scintilla juris*) o en otro momento. Puesto que sería absurda la exigencia de que los demandantes en el marco del TLCAN retiraran todo litigio en procura de reparaciones locales simultáneamente con la entrega de la renuncia—en ese caso la entrega de la renuncia no habría tenido sentido—debe haber un período de gracia para que los demandantes concreten su cumplimiento. ¿Por qué, entonces, no puede un demandante concederse a sí mismo un período de gracia similar, en cuyo transcurso, después del agotamiento de todos los recursos locales, pueda

⁴¹ Esto se estableció de manera inequívoca en su presentación oral ante este Tribunal y, menos directamente, en su presentación escrita; véase el Memorial del Demandante del 29 de septiembre de 1999, pp. 36-37, párrafos 4.16 y 4.17. En la audiencia del 31 de enero de 2000, el Demandante manifestó explícitamente que no acudiría a más recursos locales en México.

considerarse que la renuncia (conforme a este análisis artificioso) ha sido rehabilitada o revitalizada, y una vez más tiene pleno vigor y efecto?

55. La conclusión correcta debe ser que ha de considerarse que los demandantes dentro del marco del TLCAN no satisfacen los requisitos de la renuncia jurisdiccional, conforme al Artículo 1121, sólo en la medida que mantengan, en los tribunales locales, recursos incompatibles en procura de obtener reparaciones locales. Ha de considerarse que puede restablecerse el *status quo ante* una vez que se pone término o se abandona dicho recurso incompatible y no se reanuda de cualquier otra forma⁴². Por consiguiente, por aplicación elemental del principio de eficacia a la interpretación de los procedimientos internacionales (*ut magis res valeat quam pereat*) es imposible sostener que jamás puede subsanarse una renuncia viciada.

(b) Jurisdicción y admisibilidad

56. También se suscita la cuestión de si este es un caso de jurisdicción o de admisibilidad. La única forma en que puede considerarse que estos procedimientos están relacionados con la jurisdicción, consiste en agregar al requisito jurisdiccional del Artículo 1121 un requisito de comportamiento ulterior consonante. Sin embargo, esto constituye una acción afirmativa que no se menciona en el Artículo 1121, párrafo 3 y, en realidad, es incongruente con su significado ordinario, y con su objeto y propósito. La mayoría del Tribunal, al reputar que el comportamiento del Demandante después del 29 de septiembre de 1998⁴³ careció de la necesaria “manifestación de voluntad por parte de quien ... emite [la renuncia],” transformó en cuestión de jurisdicción lo que debió ser, en todo caso, una cuestión de admisibilidad. Como consecuencia de esta transformación, en el Laudo es posible desestimar el caso del Demandante *in limine* por razones de jurisdicción, en lugar de tener que determinar si debía precluirse o bloquearse ulteriormente alguna porción del caso por razones de inadmisibilidad.
57. Las decisiones internacionales abundan en excelentes distinciones entre jurisdicción y admisibilidad. A los efectos de estos procedimientos será suficiente observar que la falta de jurisdicción se refiere a la jurisdicción del Tribunal y que la inadmisibilidad se refiere a la admisibilidad del caso⁴⁴.
58. Jurisdicción es el poder del tribunal para conocer una causa; admisibilidad es si el caso, en sí, está viciado, si es apropiado que el tribunal lo conozca. Si no existe título de

⁴² Una vez más, cabe señalar que el análisis precedente debe basarse en el entendido de que las únicas reparaciones locales conflictivas serían, en efecto, las reparaciones locales que se procurara “respecto a” la misma medida denunciada como una violación real del TLCAN.

⁴³ Véase el Laudo, § 24, p. 17, último párrafo.

⁴⁴ La primera se establece (o no) al comienzo de los procedimientos y con tal propósito el tribunal ejerce la “*compétence de la compétence*” para tomar su determinación. La admisibilidad sólo puede determinarse si el tribunal posee competencia para hacerlo, no la “*compétence de la compétence*” relacionada con los aspectos jurisdiccionales, sino genuina jurisdicción para decidir el caso.

jurisdicción, el tribunal no puede actuar⁴⁵. Ese sería el caso aquí, si nunca se hubiera entregado la renuncia conforme al Artículo 1121 o si dicha renuncia estuviera viciada. Por otra parte, un reclamo por falta de jurisdicción normalmente debe decidirse sin entrar a juzgar el fondo del caso, aunque en ciertas circunstancias esto no sería posible⁴⁶. Asimismo, un tribunal puede estar en condiciones de decidir sobre una objeción a la admisibilidad de una reclamación sin invadir los méritos del caso, pero es más probable que tal examen deba postergarse y sumarse al los méritos del caso⁴⁷.

59. En el presente caso es evidente que el Laudo giró en torno a la admisibilidad de la reclamación y no a la jurisdicción del Tribunal. La insuficiencia de la renuncia es el único elemento que pudo afectar legalmente la jurisdicción de conformidad con el Artículo 1121. Una vez que la renuncia fue entregada, existe jurisdicción y pueden iniciarse los procedimientos dentro del marco del TLCAN. Si en virtud del requisito atinente al comportamiento incongruente con la renuncia se demostrara subsiguientemente que la renuncia era insincera o que frustraba sus objetivos y propósitos, se habría suscitado una cuestión de admisibilidad; habría sido inapropiado que el Tribunal juzgara el caso, por cuanto la renuncia sometida originalmente en forma válida en relación con éste habría sido, de hecho, repudiada por el comportamiento subsiguiente del Demandante.
60. En el caso reciente *Ethyl contra Canadá*⁴⁸, en el ámbito del TLCAN, el Tribunal consideró la distinción entre jurisdicción y admisibilidad. Dijo al respecto que “no encontró dificultad mayor para decidir que la demora imprevista del Demandante para dar cumplimiento al Artículo 1121 no es significativa para la jurisdicción en este caso” y agregó:

“Si bien el título del Artículo 1121 caracteriza sus requisitos como 'Condiciones previas' no dice a qué son previas. La aseveración canadiense de que constituyen una condición previa a la jurisdicción, al contrario de

⁴⁵ Si el caso del Demandante es inadmisibile, el Tribunal tiene jurisdicción para oírlo, pero debe declinarlo por motivos relacionados con el caso en sí—y no relacionados con la función o los poderes del Tribunal. Un ejemplo de esto puede darse cuando la nacionalidad de un demandante es cuestionable o doble, cuando el Tribunal por otra parte posee jurisdicción. Otro ejemplo puede suscitarse si la reclamación es extemporánea o si existe un defecto sustantivo similar en el texto de una reclamación que, sin embargo, no invalida o deprecia la jurisdicción del Tribunal como tal.

⁴⁶ En el Artículo 79 del Reglamento de la Corte Internacional de Justicia se prevé que una objeción jurisdiccional (o de admisibilidad) pueda no “poseer, en las circunstancias del caso, un carácter exclusivamente preliminar y,” por consiguiente, deba considerarse junto con el fondo del caso.

⁴⁷ A esos fines, véase la reciente decisión de la Corte Internacional de Justicia en *Frontera terrestre y marítima entre Camerún y Nigeria, Objeciones preliminares, sentencia del 11 de junio de 1998, I.C.J. Reports de 1998, p. 275*, y también *África sudoccidental, Segunda etapa, sentencia, I.C.J. Reports de 1966, p. 6, p. 19, párrafo 7*.

⁴⁸ *Ethyl Corporation contra el Gobierno de Canadá (Laudo sobre jurisdicción)*, 24 de junio de 1998; 38 I.L.M., 1999, 708. En este caso se planteó si debía reprobarse la jurisdicción porque las renunciaciones por escrito de los demandantes “sólo se habían entregado con la declaración de reclamación y no con la notificación de arbitraje ... que es cuando, de conformidad con el Artículo 1137(1)(c), se considera que ... ‘la reclamación [fue] sometida a arbitraje,’ conforme a la sección B. La suficiencia del consentimiento y las renunciaciones así provistas no se cuestiona de otra forma.” *Ibidem*, p. 729, párrafo 89. (Véase también la nota del caso de Alan C. Swan, en 94 *Am. J. Int'l L.* (enero de 2000) 159, p. 162).

una condición previa a la admisibilidad, no encuentra sustento en el texto del Artículo 1121, que debe regir⁴⁹.

Sin embargo, en *Ethyl* el Tribunal adjudicó a Canadá sus propios costos y los costos del Tribunal “atribuibles a los procedimientos por cuanto guardan relación con cuestiones relativas a los Artículos 1119, 1120 y 1121 del TLCAN”⁵⁰.

61. La admisibilidad es materia que también guarda relación con la cuestión de la divisibilidad. Si Acaverde sólo hubiera planteado en la corte de distrito de México un litigio contradictorio menor, relacionado con un pago particular de, por ejemplo, un millón de pesos, y si ese caso se hubiera definido en contra de Acaverde y ahora estuviera en apelación, ¿debería desaprobarse *toda* la reclamación por nacionalización conforme a los artículos 1110 y 1105 del TLCAN (por cuantías superiores al equivalente a trescientos millones de pesos) por razones jurisdiccionales, simplemente porque la apelación estuviera pendiente? Este sería el resultado si se sostuviera la invalidez de la renuncia por comportamiento, como resultado de una falta de jurisdicción *a priori*. Empero, si se considerara que se trata de una cuestión de admisibilidad y no de jurisdicción, no se habría acordado la pérdida de jurisdicción del Tribunal por el litigio por un millón de pesos. Sólo habría sido inadmisibile y habría resultado afectada una parte de la reclamación sometida al Tribunal. El resto de la reclamación, por centenares de millones de pesos, seguiría siendo admisible y el Tribunal habría podido ejercer jurisdicción para juzgarla.
62. Este último punto fue el que detuvo al tribunal arbitral en *Ethyl*⁵¹. En *Ethyl*, el Tribunal también analizó la “Distinción entre disposiciones jurisdiccionales y reglas de procedimiento”. Dijo al respecto que:

⁴⁹ El Tribunal agregó: “El Artículo 1121 (3), en lugar de decir 'se incluirán en el sometimiento de la reclamación a arbitraje' —que, de por sí, es un concepto de vasto alcance— pudo haber dicho 'se incluirán en la notificación de arbitraje' *si realmente hubiera existido la intención de obtener el efecto radicalmente preclusivo que reclama Canadá*. Por ende, el Tribunal concluye que aquí no hay ausencia de jurisdicción por el hecho de que el Demandante haya entregado el consentimiento y las renunciaciones requeridos por el Artículo 1121 con su escrito de reclamación y no con su notificación de arbitraje”. (Itálica añadida.)

⁵⁰ Véase *ibídem*, 730, párrafo 92: “... el Tribunal considera apropiado que el demandante sufrague los costos de los procedimientos jurisdiccionales por cuanto éstos guardan relación con las cuestiones suscitadas en conexión con el Artículo 1121. No existe razón aparente por la cual el consentimiento y las renunciaciones no fueron entregados con la notificación de arbitraje, *que hubiera sido la mejor práctica*. Si así hubiera ocurrido, podría haberse obviado cierta parte de estos procedimientos”. (Itálica añadida.) (Véase también el párrafo 3 del *dispositif*: párrafo 96.3, *ibídem*.)

⁵¹ En *Ethyl* se había incoado los procedimientos conforme al reglamento de arbitraje de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI), no según el Reglamento del Mecanismo Complementario del CIADI. Véase *ibídem*, párrafo 59: “La única base de jurisdicción al amparo del Capítulo XI del TLCAN en un arbitraje conforme al reglamento de arbitraje de la CNUDMI es el consentimiento de las Partes. A diferencia de lo que ocurre con el CIADI y su Reglamento del Mecanismo Complementario, dentro del marco del Reglamento de la CNUDMI no existen otros criterios jurisdiccionales ...”. El Tribunal consideró que “es claro que *Ethyl* ha consentido en este arbitraje por el mero hecho de iniciarlo” (*ibídem*) y que “[l]a cuestión jurisdiccional fundamental ... por consiguiente, es si Canadá ha consentido con este arbitraje. Esto comprende dos aspectos, como ha quedado en evidencia durante los procedimientos jurisdiccionales. Uno es de alcance, a saber: ¿Se encuadra *Ethyl* dentro de las clases de reclamos a los que Canadá ha dado su consentimiento en el Capítulo XI para que se someta a arbitraje? El otro aspecto es el de las condiciones para el consentimiento: ¿En qué medida, si alguna, el consentimiento de Canadá en un arbitraje conforme al Capítulo XI está totalmente condicionado al

“Es importante distinguir entre disposiciones jurisdiccionales, vale decir, los límites fijados a la autoridad de este Tribunal para actuar totalmente respecto del fondo de la controversia y las normas de procedimiento a que debe ceñirse el Demandante, pero cuyo incumplimiento no determina una falta de jurisdicción *ab initio*, sino posiblemente una demora en los procedimientos, seguida en definitiva, si persistiera el incumplimiento, por la desestimación de la reclamación”⁵².

63. En este caso, el Tribunal no ha reconocido esta distinción importante y, entusiastamente, ha arrojado por la ventana el agua del baño junto con el bebé: la totalidad de la reclamación dentro del marco del TLCAN ha sido destruida. Es difícil presumir que esa haya sido la intención de las Partes del TLCAN cuando ejecutaron el Tratado.

(c) Consideraciones adicionales

64. El análisis anterior es compatible con las inferencias de política del Anexo 1120.1 de México⁵³. Si este anexo fuera aplicable a los reclamos internos mexicanos —que no lo es— se habría evitado el absurdo resultado descrito anteriormente. ¿Cuál fue el propósito original del Anexo 1120.1? Es indudable que México procuró la inclusión del Anexo 1120.1⁵⁴ simplemente porque su marco constitucional permitiría que los demandantes sometieran reclamaciones conforme a las propias disposiciones del TLCAN a los tribunales mexicanos apropiados. Esto constituía un riesgo al cual, naturalmente, México no deseaba quedar doblemente expuesto y, por ende, procuró y obtuvo doble protección.
65. Sin embargo, el Anexo también se impone límites a sí mismo. En relación con el ejemplo brindado en el párrafo 61, el impedimento automático que presentaría se extendería a la “obligación” de un millón de pesos, pero ni un centavo más; no se habría aplicado a la totalidad de la presunta obligación de México, por un monto de más de trescientos millones de pesos, sino sólo a la pequeña cuantía de la demanda.
66. Se ignora por qué México no hizo valer en este procedimiento el impedimento automático del Anexo 1120.1, salvo por la razón de que hubiera podido considerarse inaplicable. La inferencia necesaria debe ser que México no consideró que el Anexo se aplicaba a las disputas contractuales ante tribunales mexicanos⁵⁵. Otra inferencia que puede hacerse es

cumplimiento pleno de una serie de requisitos de procedimiento específicos en determinado momento?” (*Ibidem*, párrafo 60). (En una nota al pie de página, el Tribunal llamó la atención hacia el análisis de los criterios objetivos del CIADI en *Vacuum Salt Products Limited contra el Gobierno de la República de Ghana*, Caso CIADI No. ARB/92/1 (Laudo del 16 de febrero de 1994), reproducido en 9 ICSID Rev.-F.I.L.J. 72 (1994).)

⁵² *Ibidem*, p. 724, párrafo 58.

⁵³ Véase el análisis anterior, párrafos 37-39 y 47-48.

⁵⁴ Véase el Artículo 31, párrafo 2(b) de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados: “(2) Para los efectos de la interpretación de un tratado, el contexto comprenderá, además del texto, *incluidos su preámbulo y anexos* ... (b) todo instrumento formulado por una o más partes con motivo de la celebración del tratado y aceptado por las demás como instrumento referente al tratado”. (Itálica añadida.)

⁵⁵ Como se analizó antes, en este sentido también puede inferirse que México ha admitido tácitamente que la renuncia prevista en el Artículo 1121 no se aplicaría a esas controversias.

que México buscó proteger su derecho a lograr que este arbitraje fuera rechazado por razones jurisdiccionales y, por consiguiente, se mostraba reacio a someter a prueba la renuncia en caso de que ésta prosperara. Si bien podría haberse impedido legalmente las acciones mexicanas, el Demandado habría perdido la oportunidad de impugnar todo el procedimiento de arbitraje aduciendo que la renuncia estaba viciada o había quedado viciada.

67. Empero, si la renuncia *no* prosperaba, es muy posible que ello obedeciera a que el tribunal mexicano encargado de aplicarla habría percibido que la renuncia se aplicaba a violaciones del TLCAN y no a violaciones de los códigos Civil o Comercial de México. En ese caso, el Demandado también se habría visto frustrado —aunque por una razón diferente— puesto que habría fracasado el intento de bloquear las acciones mexicanas merced a la renuncia y, al mismo tiempo, el Demandado habría perdido la posibilidad de impugnar exitosamente la jurisdicción de este Tribunal. Al abstenerse de usar la renuncia y la disposición del Anexo 1120.1, el Demandado ha impugnado con éxito la jurisdicción.
68. Parece artificial, por otra parte, que este Tribunal se haya consagrado a interpretar y examinar minuciosamente una disposición de un instrumento que el Demandante había puesto a disposición del Demandado por espacio de más de un año y medio, pero que el Demandado nunca procuró someter a prueba o aplicar en estos procedimientos. La única inferencia lógica que puede extraerse de este comportamiento es que el Demandado tenía razones relacionadas con este arbitraje, para no procurar el sometimiento a prueba o la aplicación de la renuncia. La lógica necesaria de esas razones refuerza el análisis jurídico adoptado en esta opinión en disidencia y pareciera sustentar sólo una conclusión, a saber: que la renuncia (y el Anexo 1120.1) no se aplicaban a las reparaciones mexicanas locales demandadas por Acaverde.
69. De hecho, la conclusión así alcanzada se ve confirmada por la conclusión urgida a este Tribunal por *México*, cuando “advirtió” al Demandante que México basaría ulteriormente su defensa en que una reclamación relativa al incumplimiento de un contrato local no es susceptible de acción en virtud del TLCAN⁵⁶. En consecuencia, México aceptó la distinción jurídica entre reclamaciones nacionales y reparaciones internacionales; reflejó un punto de vista que coincide exactamente con el análisis que llevó a cabo el Tribunal del TLCAN en el caso *Azinian*; y confirmó el análisis consignado en esta opinión en disidencia. Por consiguiente, en esa medida, México ha manifestado una posición que no sustenta y que contradice abiertamente la opinión de la mayoría que configuró la decisión contenida en el presente Laudo.

Keith Highet

⁵⁶

Véase el texto citado *supra*, en el párrafo 20.